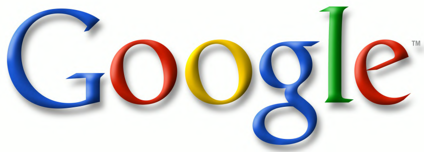
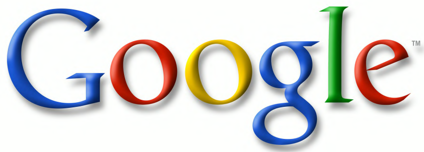
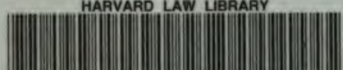







SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE



Germany

Kritische Bemerkungen

zu

Eisele's Schrift über die materielle Grundlage der exceptio.

Ein Beitrag zur Exceptionslehre

von

Dr. Ernst Zimmermann,
Privatdocent in Gießen.

Gießen, 1872.
J. Ricker'sche Buchhandlung.

Vorwort.

Nachstehende „Bemerkungen" wurden verfaßt in der Erwartung, daß dieselben in der kritischen Vierteljahrsschrift Aufnahme finden würden; eine Hoffnung, die an dem Umstande scheiterte, daß eine ähnliche Arbeit bereits von anderer Hand in Angriff genommen war. Der Entschluß, die nachfolgenden Erörterungen selbstständig zu veröffentlichen, entsprang der Meinung, daß in der hier untersuchten, so weit und tief eingreifenden Materie eine jede, auch die bescheidenste Förderung willkommen sein müsse.

Mancherlei in Form und Inhalt dieser „Bemerkungen" findet seine Erklärung in der Absicht, mit welcher sie entworfen worden sind.

Gießen, den 5. Januar 1872.

Ernst Zimmermann.

Eisele, Dr. F., Kgl. Kreisrichter, die materielle Grundlage der exceptio. Eine römisch-rechtliche Untersuchung. Mit 3 Beilagen. Berlin 1871 (XII und 179 S. S.).

Der Verfasser, welcher dem juristischen Publikum durch eine gehaltvolle Abhandlung „das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung“ [1]) bereits wohlbekannt ist, hat in der obigen Schrift einen Gegenstand von Neuem angeregt, der sich in der jüngsten Zeit einer ziemlich behaglichen Ruhe erfreute. Nachdem die deßfalls von Albrecht aufgestellte Theorie durch Savigny unter fast allgemeinem Beifall so bekämpft worden war, daß sie wissenschaftlich überwunden schien, wird Begriff und Wesen der exceptio h. z. T. mit einer in unserer vielzerklüfteten Theorie seltenen Uebereinstimmung dahin gelehrt, daß sie auf einem solchen Umstande beruhe, welcher zwar nicht der Existenz des klägerischen Rechts, wohl aber der Ausübung desselben entgegenstehe, welcher also dieses Recht weder in der Entstehung hindere, noch das entstandene aufhebe, sondern das entstandene und fortbestehende Recht des Klägers lahm lege. Streitet man auch darüber noch, ob jener Um-

[1]) Archiv für ziv. Praxis Bd. L, S. 253—327.

stand immer ein Recht oder bald dieses bald eine bloße Thatsache sei (für jene Ansicht z. B. Puchta, Pand. §. 93; Arndts, Pand. §. 101 — für diese z. B. Windscheid, Pand. §. 47, Note 2): über den Charakter der exceptio als eines das Klagrecht lähmenden Umstandes ist man beinahe allerseits einverstanden, und nur ganz Wenige (z. B. Brinz, Pand. §. 39, S. 131—133, und neuerlich §. 376, S. 1631—1633) erkennen die Möglichkeit an, daß eine exceptio die Substanz des Rechts selbst ergreifen könne. In unmittelbarem Zusammenhang mit der herrschenden Auffassung der exceptio versteht man dann unter dem „ipso jure", das die Römer dem ope exceptionis entgegensetzen, den Bestand des klägerischen Rechts an sich, resp. die Gesammtheit der diesen Bestand bildenden thatsächlichen Elemente, das Vorhandensein der rechtserzeugenden, wie die Abwesenheit der rechtshindernden und rechtsaufhebenden Thatsachen. Des sicheren Besitzes jenes Exzeptionsbegriffs glaubt sich unsere Wissenschaft aber um so mehr erfreuen zu dürfen und um so fester daran halten zu sollen, als man den Einredebegriff unseres heutigen Zivilprozesses — sei es nun mit Recht oder Unrecht — vielfach für einen jeder genaueren Abgrenzung sich entziehenden ansieht (z. B. Puchta, Pand. §. 93, Note b), wonach also nicht dieser, sondern der römische Einredebegriff Pflege und Entwickelung verdienen würde. Und zwar würde letzterer diese Berücksichtigung und Werthhaltung noch aus dem weiteren Grunde in Anspruch nehmen, weil er sich nicht nur als ein prozessualischer, sondern zugleich als ein materiellrechtlicher Begriff darstellt, der wie kein anderer das Wesen eines seienden, aber qualitativ unvollkommenen Rechts, oder gar, sofern die Exzeptionen als auf Rechten beruhend gedacht werden, den Konflikt von Recht mit Gegenrecht plastisch veranschaulichen würde, ein Begriff, dessen zivilrechtliche Seite also, wie sehr sich auch unserer prozessualischer Einredebegriff geändert hat, in unwidersprechlicher Geltung und Kraft geblieben sein müßte. Ja, irren wir nicht, so hat sich bei Manchem unter uns die herrschende

Vorstellung um so fester eingewurzelt, als ihre Wahrheit einer von den vielen Belegen für das innige Verwachsensein des römischen Prozesses mit dem römischen Recht zu sein scheint; käme ja darnach durch eine exceptio ein Recht des Beklagten zu derselben prozessualischen, fast sinnlichen Erscheinung, wie durch die actio das Recht des Klägers.

Es ist nun der Grundgedanke der vorliegenden Schrift, daß die Begriffe ipso jure und ope exceptionis mit der Art und Weise der materiellen Einwirkung, welche die Vertheidigungsthatsache auf das Klagrecht übt, an sich gar Nichts zu thun haben, also keineswegs mit der direkten und resp. indirekten Wirkung derselben zusammenfallen, daß der primäre Sinn des Worts exceptio vielmehr lediglich der eines nicht jure civili, sondern nur jure honorario relevanten Umstandes sei, und daß jene andere Bedeutung, als eines indirekt wirkenden Umstandes, höchstens als Folge des prätorischen Charakters, also in sekundärer Weise, in Betracht kommen könne.

Je mehr dieser Gedanke von unseren gewohnten Anschauungen abweicht, um so mehr ist es geboten, die Ausführungen des Verf. einer sorgfältigen und unbefangenen Prüfung zu unterziehen. Bei dem hohen und weitreichenden Intresse aber, welches der Gegenstand einflößt, möge eine etwas eingehendere Besprechung gestattet sein, als der Maßstab des äußeren Umfangs der vorliegenden Schrift mit sich bringen würde.

Von Vorn herein dürfen wir den Gesammteindruck, den die Arbeit des Verf. auf uns gemacht hat, unumwunden als einen eminent günstigen bezeichnen. Ref. bekennt offen, wenige Monographieen zu kennen, die sich in Form und Gehalt der vorliegenden an die Seite stellen dürfen. Er weiß nicht, was er mehr rühmen soll, die gründliche, nach streng durch-

geführter Methode sich fortbewegende Untersuchung, die umsichtige Beherrschung des Materials, die tiefgehende Kenntniß des römischen Zivilprozesses, oder die körnige und prägnante Sprache des Verfassers, die allein es ermöglichte, den reichen Inhalt in so knappen Raum einzufassen. Ganz besonders erfreulich ist aber der Umstand, daß es diesmal ein Praktiker ist, der eine im römischen Prozeß wurzelnde Materie in Angriff genommen hat, um so erfreulicher, je seltener unter seinen Amtsgenossen für jenen Zweig der Rechtswissenschaft, der von ihrem Berufe weit ab zu liegen scheint, ein tieferes Interesse anzutreffen ist. Jener Umstand muß als ein ganz besonders glücklicher und förderlicher angesehen werden. Mit Recht bemerkt der Verf. in der Vorrede, einerseits, daß „für die wissenschaftliche Behandlung unseres und jedes ähnlichen Thema's praktische prozessualische Erfahrung und die daraus hervorgehende Bekanntschaft mit den von jeder Prozeßgesetzgebung zu deckenden Bedürfnissen eine schätzbare Hülfe für eine fruchtbare Arbeit sind“, und andererseits, im Hinblick auf seine Berufsgenossen, „daß die vorliegende Arbeit eines praktischen Ziels keineswegs entbehre; sie solle wenigstens sein ein Beitrag (vorbereitender Art zumeist) zu der innerhalb des römischen Rechts vorzunehmenden Scheidung zwischen dem allgemeingiltigen Inhalt desselben, und zufälligen, weil nationalrömischen Gebilden“; und weiterhin, daß die Durchführung dieser Scheidung geschehen müsse, „bevor mit sicherer Aussicht auf Dauer und Bestand ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch geschaffen werden könne.“ Wir müssen jedenfalls anerkennen, nicht nur, daß der Verf. seinen Zielen mit treuem Fleiß nachgestrebt hat, sondern auch, daß ihn in vielen Punkten ein, offenbar durch die Erfahrung gewonnener, praktischer Scharfblick erheblich unterstützt hat.

Sollen wir, nach Hervorhebung dieser vielen Lichtseiten des Werks, gemäß dem officium judicis, einen Schatten aufsuchen, so dürfen wir zwar Einen Mangel nicht verschweigen, bezeichnen ihn aber nur als einen Mangel der Arbeit, nicht als einen Fehler des Arbeiters: wir meinen die literarischen Hülfsmittel

des Verfassers. Er hat dieserhalb in der Vorrede Exkusationsgründe vorgebracht, die, im Zusammenhalt mit dem Berufe des Verf., als vollgültige zu respektiren sind. Nicht daher, um gegen den Verf. einen Vorwurf zu erheben, sondern im Intresse der Sache selbst müssen wir bemerken, daß der Verf. zwar eine ansehnliche Masse von Hülfsquellen erlangt und benutzt hat, daß aber hierunter einige fehlen, welche die Einsicht in die Exzeptionslehre sehr wesentlich gefördert haben. Wir rechnen dahin vorzüglich die Ausführungen in Jhering's Geist des R. R. Th. III, Abth. 1, S. 48—125 (die vielleicht den allerbesten Theil des ganzen Werks bilden), diejenigen Unger's, System des österr. allg. Privatrechts Bd. II, S. 492—513, und die eingehendste Monographie der Neuzeit über die Exzeptionen, das Buch von Maxen, über Beweislast, Einreden und Exzeptionen (1861) [2]) — Arbeiten, die bei den vom Verf. angestellten Untersuchungen nicht nur von großer Wichtigkeit waren, sondern auch, wie wir überzeugt sind, zum Theil einen bedeutenden Einfluß auf des Verf. Ansichten ausgeübt haben würden.

So viel zur Charakterisirung des Werks im Großen und Ganzen. Wenden wir uns nun seinem Inhalt im Einzelnen zu.

Im ersten Kapitel (S. 4—16) bespricht der Verf. die formula in jus concepta, und darf hier seinen Bemerkungen fast durchweg beigestimmt werden. Er betrachtet hier 1) die formula certi. Mit Recht wird hier die Ansicht Rudorff's, und auch Keller's, wonach die Formel dem judex die erheblichen Streitpunkte, den Beweissatz vorge-

---

[2]) Förderung würde dem Verf. auch gewährt haben die Schrift von Bülow: „die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen"; ferner die Bemerkungen „Zum Legisaktionenprozeß" von Demelius in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. VIII, S. 494 ff., bes. über denegatio actionis (S. 500—503) und über legis actio per cond. (S. 506—514). — Die Schlußlieferung des Brinz'schen Pandektenwerks, welches S. 1631—1633, S. 1637 (sub I, 1) die Sache jedenfalls neu angeregt hat, war zur Zeit, als der Verf. schrieb, wohl noch nicht erschienen.

zeichnet habe, verworfen, mit Recht ferner betont, daß weder über Behauptungs- noch über Beweislast in Betreff der für das dare oportere relevanten Thatsachen Etwas in der Formel gesagt sei, ja daß nicht einmal die allgemeine Beschaffenheit der erheblichen Thatsachen[8]) oder die zu Grunde zu legenden Rechtsnormen bezeichnet seien. Auf letzteren Umstand richtet der Verf. sein Hauptaugenmerk. Er betont, daß der Richter kraft seines Eides sich lediglich an die leges und das, Was ihnen gleichstund, kurz an das jus civile zu halten und danach das dare oportere zu beurtheilen habe — ein Moment, dessen Tragweite ausführlich entwickelt wird (S. 8—10). Richtig wird auch bemerkt, daß die Trennung von jus und judicium nicht als Trennung von rechtlicher Instruktion und Entscheidung der Thatfrage aufzufassen sei, sondern (in Uebereinstimmung mit der, dem Verf. aber unbekannten, Schrift von Bülow über die Prozeßeinreden) daß sie die Bedeutung gehabt, daß der Prätor den Prozeß lediglich in Bewegung gesetzt, der judex ihn aber vollständig, nach That- und Rechtsfragen, entschieden habe. — 2) Die formula petitoria. Sie wird, vom arbitrium abgesehen, eben so beurtheilt, wie die vorige. — 3) Die condictio incerti. Hier wird namentlich, und wie uns scheint mit Recht, bemerkt, daß man nicht etwa die demonstratio als einen Beweissatz auffassen dürfe; der Zweck sei nur „generelle Bezeichnung des Klagegegenstandes" (S. 14). — 4) Die actio bonae fidei. Das darüber Vorgebrachte ist im Ganzen richtig, auffällig nur die Art, wie sich Verf. das Verhältniß der bona fides zum jus civile denkt (S. 15). Er stellt sich beide als zwei feindselige Elemente vor, die durch Zusammenwirken das Klagrecht begründen, während doch in Wahr-

---

[8]) Ob also eine Klage aus Darlehen, stipulatio, expensilatio pp. angestellt sei. Auffällig ist es hiernach, wie der Verf. auf S. 14 behaupten kann, daß bei der obigen Formel in der intentio „das petirte Recht nach seinem genus klar hervortritt."

heit die bona fides in ein gewisses Gebiet des Zivilrechts aufgenommen ist, so daß dieses Gebiet seinen Inhalt gerade aus der fides bona schöpft.

Hat der Verf. die formula in jus conc. auch im Allgemeinen richtig charakterisirt, so müssen wir seine Ausführungen doch durch Eine Bemerkung ergänzen. Die Schranken, welche dem mit jener Formel Verklagten für seine Vertheidigung gezogen waren (vgl. den Verf. S. 9, Abs. 3), beruhten nicht allein auf dem materiellen jus civile an und für sich, sondern zugleich darauf, daß die Formel, dem Willen des Zivilrechts gemäß, so gefaßt war, also auf dem zivilen Prozeßrecht. Es ist bekanntlich das Verdienst von Jhering (Geist, Th. III, Abth. 1, S. 16–48), mit Energie darauf hingewiesen zu haben, wie der Grundzug des Legisaktionen-, wie auch des älteren Formularprozesses (vgl. S. 55) in der, wenigstens formalen, Konzentration der Verhandlung auf Eine Frage bestanden hat. Hieraus erklärt sich nicht nur die Fassung der legis actiones, sondern auch die der formulae in ihrer ursprünglichen, exzeptionslosen Gestaltung. Und zwar ist das Prinzip der Konzentration ein geradezu ausnahmsloses; es ist (freilich nur formell) festgehalten selbst bei der Fassung der actio Negatoria (vgl. Jhering S. 82–84, auch Bethmann-Hollweg, röm. Zivilprozeß Bd. II, S. 251, 252), deren intentio

Si paret N. N. jus non esse invito A. A. uti frui fundo Corneliano

dem Beklagten ermöglichte, sein Gegenrecht in die Form der Abläugnung zu bringen, obgleich die beiden hervorgehobenen Formelworte deutlich zwei Rechte (Ususfructus — Eig.) zur Untersuchung verstellen. Es ist also wohl zu beachten, daß die Fassung der intentio und, im unmittelbaren Gefolge davon, die Vertheidigung des Beklagten nicht nur nach den Normen des Zivilrechts, sondern auch nach denen des zivilen Verfahrens beschaffen war — ein Umstand, der die für uns wichtige Schlußfolgerung erlaubt, daß dem Beklagten recht wohl Umstände zur Seite stehen konnten, die nach jus civile erheblich, und zwar

erheblich für das betreffende materielle Rechtsverhältniß, aber, nach den Prozeßgrundsätzen des jus civile, der Klage gegenüber nicht eingewendet (sondern anderweitig verfolgt) werden konnten. Wir werden weiter unten auf diesen Gesichtspunkt zurückkommen, können aber jetzt schon als Beweis anführen, daß nur die Fassung der actio Negatoria es ermöglichte, daß in dem Streit zwischen Eigenthümer und Usufruktuar der Letztere sein Recht defendendo geltend machte: wäre die Formel blos auf das Eigenthum des Klägers gestellt gewesen, so hätte der Beklagte seinen (zivilrechtlich doch gewiß erheblichen) Usfr. aus zivilprozessualischem Grund nicht vorschützen können. Was aber hier nur denkbar war, das war in anderen Fällen vielleicht wirklich so, und weiter unten wird uns diese Vermuthung hoffentlich zur Gewißheit werden.

Das zweite Kapitel (S. 17—34) beschäftigt sich mit der formula in factum concepta. Wir stehen nicht an, dieses Kapitel für den gelungensten Theil des ganzen Werkes zu erklären und den Resultaten desselben fast durchweg zuzustimmen. Namentlich wird mit Recht betont, daß der Kondemnationsbefehl lediglich und allein an die Wahrheit von nach jus civile unerheblichen Thatsachen geknüpft war, mochten dies „reine" oder „rechtsbegriffliche" Thatsachen sein; ihre Erheblichkeit beruhte blos auf dem prätorischen imperium. Abweichende Ansichten werden mit vielem Geschick bekämpft, besonders diejenige, wonach alle prätorischen Klagen freie gewesen wären. Nicht zu billigen ist nur die allzuspitze Art, wie der Verf. gegen die Aeußerung Bethmann-Hollweg's zu Felde zieht, daß die intentio in factum concepta der prätorischen Klagen mit den betreffenden Thatsachen das Recht des Klägers meine. Denn es ist doch unbestreitbar, daß durch jede actio in f. conc. ein neues, durch die facta umschriebenes, Recht (wenn auch nicht jus) eingeführt worden ist. Freilich hat sich der judex zur Beurtheilung dieses Rechts lediglich an die bestimmten, ihm vom Prätor zur Untersuchung verstellten Thatsachen zu halten, nicht daneben noch an das jus honorarium in abstracto „wie es

sich für das gerade in Betracht kommende Rechtsverhältniß entwickelt hat" (Eisele S. 24 oben). Allein das wollte auch B.-H. nicht sagen, und der Verf. selbst traut es ihm eigentlich auch nicht zu.

Im dritten Kapitel (S. 35—48) wird nunmehr, auf Grund der Ergebnisse des ersten, der Begriff der exceptio bei der formula in jus conc. entwickelt. Aus den Prämissen, daß der judex nach dem Formular selbst nur civiliter relevante Vertheidigungsthatsachen berücksichtigen dürfe, aber auch „jedes thatsächliche Vorbringen des Verklagten berücksichtigen müsse, welches den Anspruch des Klägers nach jus civile elidirt" (S. 35), wird für die exceptio die nur zweifache Möglichkeit gefolgert: entweder, daß sie nach jus civile unerheblich, oder, daß ihre Einrückung überflüssig gewesen sei. Die Entscheidung erfolgt natürlich zu Gunsten der ersteren Alternative, und formulirt demnach der Verf. (S. 37 oben) folgenden Begriff der exceptio:

> „Exceptio ist derjenige zu Gunsten des Verklagten in die formula eingefügte Zusatz, wodurch eine nach jus civile unerhebliche Thatsache zur negativen Kondemnationsbedingung gemacht wird."

Im Einklang damit wird dann (S. 37 unten) als materielle Grundlage der exceptio

> „objektiv gesprochen, die vom jus civile noch nicht rezipirte aequitas, oder subjektiv (d. h. mit Rücksicht auf den, welcher sie außerhalb des jus civile verwirklichen konnte und verwirklicht hat) prätorisches Recht" bezeichnet.

Besonders hervorgehoben wird dabei der Parallelismus zwischen exceptio und actio in factum concepta. Am Schluß des Kapitels werden sodann, zum Zweck schärferer Präzisirung der obigen Auffassung, die hauptsächlichsten abweichenden Ansichten einer gründlichen Beleuchtung, wenn auch ohne eigentliche Polemik, unterzogen (S. 40—48).

Welche Stellung wir unsererseits zur Auffassung des Verf. einnehmen, ist schon aus früheren Andeutungen zu entnehmen. Der Verf. selber hat uns durch den musterhaften logischen Aufbau seiner Deduktion die Auffindung desjenigen Punktes erleichtert, wo dieselbe mangelhaft ist, wo wir uns also nothwendig eine Modifikation erlauben müssen. Aus dem Vordersatz:

> Auf Grund der form. in jus conc. muß der judex jedes thatsächliche Vorbringen des Verklagten berücksichtigen, welches den Anspruch des Klägers nach jus civile elidirt

folgt für die exc. nicht, wie der Verf. meint, die Alternative der Ueberflüssigkeit oder der zivilen Unerheblichkeit, sondern die der Ueberflüssigkeit oder der zivilen Unerheblichkeit **für den klägerischen Anspruch**. Letztere Alternative, die natürlich gewählt werden muß, kann aber in doppelter Weise gedacht werden: entweder so, daß der Exzeptionsinhalt nach jus civile vollständig unerheblich ist; oder so, daß derselbe zwar zivilrechtliche Bedeutung hat (und zwar für dasjenige materielle Rechtsverhältniß, welches die Klage veranlaßt hat, nicht etwa blos in einer ganz anderen Beziehung), aber keinen zivilrechtlichen Defensionsschutz gewährt, daß er nach jus civile zwar anderweitigen Schutz, aber nicht solchen gegen den erhobenen Anspruch verleiht.

Zwei Beispiele werden Das erläutern und zugleich das wirkliche Vorkommen beider Fälle bestätigen. Eine der Stipulationsklage entgegenstehende exc. pacti de non petendo (§. 3 J. de exc.) beruht auf einer zivilrechtlich vollständig unerheblichen Thatsache. Nehmen wir dagegen den Fall, daß ein Nichteigenthümer nach Verkauf und Tradition der Sache Eigenthümer derselben wird und nun die rei vind. gegen den Käufer anstellt (L. 4 §. 32 D. de doli mali et metus exc., verb.: quia et si ipse Titius pp.), so ist doch klar, daß der Inhalt der dagegen vorgeschützten exceptio (in factum oder doli mali) ein zivilrechtlich erheblicher ist. Der Beklagte müßte nach dem Grundsatz der zivilrechtlichen Konzentration des Prozesses

auf Eine Frage (s. o.) die Sache zwar herausgeben, könnte aber hinterher zweifellos die actio emti gerade so gut anstellen, als wenn ihm die Sache von einem Dritten evinzirt worden wäre. Was also der Prätor hier gewährte, ist nur dieß, daß der Käufer sich auf res vendita (und tradita) nicht blos agendo, sondern auch defendendo berufen kann.

Gemeinsam aber haben beide Fälle, daß ein auf der Machtvollkommenheit des Prätors beruhendes Vertheidigungsrecht vorliegt. Darein setzen wir das Wesen der exceptio, und halten als materielle Grundlage der exceptio das (materielle) jus civile für eben so möglich, wie das jus honorarium. Wir werden Gelegenheit haben, Das noch mehr zu erhärten.

Im vierten und fünften Kapitel (S. 49—82) unternimmt der Verf. die Beweisführung aus den Quellen. Mit Recht hat er dabei an die Spitze gestellt den wichtigsten Ausspruch, den wir über die Frage nach der materiellen Grundlage der exceptio besitzen, den von Gajus IV, §. 118:

> — — — — Quae omnes (sc. exceptiones) vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione praetoris proditae sunt.

Daß unser Verf. diesen Satz, welcher sich seiner Auffassung der exceptio schroff entgegenstellt, mit äußerster Kraftaufbietung und Interpretationskunst in Einklang mit seiner Ansicht zu bringen gesucht hat, ist zu erwarten. Hören wir, wie es geschieht. Nicht „ex jure civili" sage Gajus, sondern „ex legibus pp." Lex und Was ihr gleichstehe, könne zwar jus civile schaffen, schaffe es aber nicht immer. Und auf die Fälle, wo dadurch jus civile nicht geschaffen würde, passe der obige Ausspruch des Gajus; m. a. W. es handle sich hier um blose Gedanken des jus civile, denen der Prätor, und nur er allein, praktische Bedeutung, nämlich eben durch eine exceptio, verschafft habe (vgl. S. 49—53). — Hiergegen ist einfach Folgendes zu bemerken. Es ist ganz undenkbar, daß eine zur Rechts-

erzeugung befugte Macht, zumal eine gesetzgebende Volksversammlung, feierlich und förmlich Beschlüsse faßt, denen sie selbst gar keine rechtliche Bedeutung beigelegt wissen will, daß sie also, wie der Verf. offenbar annimmt, lediglich ein Gutachten abgiebt und höchstens dem Prätor einen guten Rath ertheilt.

Irgend einen juristischen Werth muß jede einer Rechtsquelle entsprungene Bestimmung haben; die „substantia" der letzteren ist mehr wie eine blose Idee. Da nun einerseits die „substantia" exceptionum laut Gajus bald zivil, bald prätorisch ist, andererseits aber feststeht, daß in einem gewissen Sinn — in welchem, ist eben fraglich — alle Exzeptionen praetoriae sind (vgl. Cic. de inv. II, 19, 57), so werden wir geradezu gedrängt zu der Auffassung, daß in den Fällen, wo eine exceptio ex legibus pp. substantiam capit, die zivile Rechtsquelle das materielle Ziel, das ihr vorschwebt, auf eine andere Art, als durch eine dem Beklagten gewährte Vertheidigungsmöglichkeit, verfolgt, und daß nur die defendirende Kraft des Exzeptionsumstandes auf jus praetorium beruht. Bei Betrachtung der s. g. Zivilexzeptionen wird sich Das, wie wir hoffen, deutlich zeigen.

Steht sonach die Stelle des Gajus bei unbefangener Auslegung in vollem Einklang mit unserer obigen Ansicht, daß die materielle Grundlage der exceptio sowohl zivil wie prätorisch sein kann, so kann uns auch das Argument des Verf. auf S. 54 und 55 daran nicht irre machen. Wir stimmen dem Verf. (gegen Savigny) darin vollkommen zu, daß in Gajus IV, §. 116 das

> saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari

so allgemein[4]) auf die Exzeptionen geht, wie das vorhergehende comparatae sunt pp. Allein die Stelle sagt nicht mehr,

---

[4]) Mit Ausnahme nur der exceptiones bei formula in factum concepta, die Gajus offenbar übersieht.

als, Was auch wir zugeben, daß die exc. eine prätorische defensio ist, wo man jure civili haftbar sein (teneatur) und darum verurtheilt werden würde; sie sagt nicht, daß der Exzeptionsinhalt zivilrechtlich irrelevant sei. Dies bestätigt sofort das erste Beispiel, welches Gajus anführt. Denn der Kläger, dem die exc. non numeratae pecuniae entgegensteht, würde nach Zivilrecht den Betrag zwar durch Klage eintreiben können; er würde aber — und zwar schon ehe die obige exc. eingeführt war, vgl. Jhering, Geist Th. III, Abth. 1, S. 118, 119 — einer nachträglichen zivilen[5]) Rückforderungsklage, der condictio caussa data caussa non secuta unterworfen gewesen sein. Die Neuerung des Prätors bestand hier also nur in der Ertheilung einer defensio, wo das jus civile blos actio gewährte. — Erst das folgende Beispiel (pactum de non petendo) gehört dem prätorischen Recht vollständig, also materiell und prozessualisch an[6]).

Was die weiterhin vom Verf. auf S. 56—60 angeführten Quellenbelege anlangt, so halten wir für unnöthig, auszuführen, daß sie sämmtlich mit unserer Auffassung der exceptio vollkommen harmoniren.

Dasselbe gilt von den — einer sehr sorgfältigen und lesenswerthen Exegese unterzogenen — Hauptstellen, welche die Ausdrücke ipso jure und ope exceptionis enthalten (vgl. den Verf. S. 61—74). Es wird vom Verf., im Ganzen überzeugend, ausgeführt, daß das ipso jure nicht einen besonderen Wirkungsmodus, wenigstens nicht in erster Linie, bezeichne, daß es vielmehr gleichbedeutend sei mit jure civili. Selbstverständlich wird dadurch die Richtigkeit der diesseitigen Ansicht

---

[5]) Wahrscheinlich auf Gewohnheitsrecht beruhenden.

[6]) Wir erlangen auf diese Art sogar einen Parallelismus von §. 116 und §. 118.

nicht im Geringsten in Frage gestellt. Wir weichen nur darin vom Verf. ab, daß wir da, wo von ipso jure petere posse u. dgl. die Rede ist (wie bei Gaj. IV, §. 116), im Ausdruck „ipso jure“ nicht alles thatsächliche, für die zwischen Kläger und Beklagten obwaltende rechtliche Beziehung zivilrechtlich relevante Material, sondern nur dasjenige beschlossen sehen, welchem das jus civile einen Einfluß auf die Durchsetzung der angestellten Klage zuerkennt, daß also die Möglichkeit der Existenz anderer nach jus civile erheblicher Thatsachen mit anderem Einfluß offen bleibt.

Auf S. 74—78 sucht der Verf. auszuführen, wie sich aus der Hauptbedeutung von ipso jure (= jure civili) eine Nebenbedeutung entwickelt habe, welche mit jener gemeinsam habe, daß eine gewisse Thatsache ohne besondere Hervorhebung in der Formel vom judex berücksichtigt werden müsse: ipso jure = ex fide bona. Auf das Auffällige dieser Entgegensetzung von jus civile und bona fides haben wir schon oben hingewiesen; das jus civile ist in der That hier jus aequum. Daraus erklärt sich der Ausdruck ipso jure in Fällen, wo der Beklagte ex fide bona freigesprochen werden muß (z. B. L. 16 §. 1 de minor. [4, 4]; L. 3 §. 3 pro soc. [17, 2]), höchst einfach. Der für jenen Gegensatz als Beleg angeführten Stelle, Gajus IV, 63, aus welcher er „mit Evidenz“ hervorgehen soll (Eisele S. 77), können wir auch nicht die geringste Beweiskraft zuschreiben. Sie sagt einfach: Bei b. f. judicia wird dem judex die Rücksichtsnahme auf Kompensation von Gegenforderungen durch die Formelworte nicht direkt und ausdrücklich, sondern nur implicite durch die Fassung ex fide bona vorgeschrieben. Das Letztere wird so ausgedrückt: „quia id bonae fidei judicio conveniens videtur“; daß Gajus nicht gesagt hat: „quia id ipso jure fieri oportet“, hat seinen Grund lediglich darin, daß die Motivirung deutlicher war, wenn auf das, vom jus civile rezipirte, Element der bona fides verwiesen wurde.

Am Schluß des 5. Kapitels weist der Verf. (S. 79—81), im Ganzen richtig, auf einige weitere Bedeutungen von ipso jure hin, wie z. B. in L. 27 pr. de nox. act. (9, 4), wo es bedeutet (ein Recht) „seinem Begriffe nach", oder in L. 1 pr. de cur. fur. (27, 10), L. 9 §. 1 de distr. pign. (20, 5) pp., wo es heißt: „von Rechtswegen", ohne daß also eine Thätigkeit (von Parthei oder Gericht) erfordert wird. Nur das Eine möchte hier zu bemerken sein, daß in L. 95 §. 4 de sol. (46, 3) (vgl. Eisele S. 80 oben) das ipso jure in der ganz normalen Bedeutung von jure civili im Gegensatz zu ope exceptionis zu stehen scheint; bei der Anerkennung von Naturalobligationen hat das jus civile einen Gedanken der „aequitas" in sich aufgenommen, daher solche Gründe, welche die Obligation vom Standpunkte der aequitas aus aufheben, die Naturalobligation ipso jure civili auch dann vernichten, wenn sie klagbare Zivilobligationen nur ope exceptionis träfen.

Im sechsten Kapitel (S. 83—106) werden die wichtigsten s. g. Zivilexzeptionen einer gründlichen und gediegenen Erörterung unterzogen. Es versteht sich, daß die Existenz einer jeden solchen, das jus civile irgendwie in Bezug nehmenden exceptio dem Verf. ein Stein des Anstoßes sein muß. Auch uns muß es jedenfalls prima facie auffällig sein, daß gewisse, Forderungen entgegenstehende exceptiones ihrem Namen nach auf das jus civile hinweisen (z. B. S. C^ti Vell., Mac., legis Cinciae, Plaetoriae), da man doch diesem jus eine den Bestand der intentio unmittelbar affizirende Kraft zuschreiben sollte, die exzeptivische Wirksamkeit jener Einwände also auf Einführung durch den Prätor deutet.

Insofern können wir uns dem Verf. bei seinem Kampfe gegen die obigen Erscheinungen zur Seite stellen.

Der Verf. wendet sich zunächst zu den exc. legis Cinciae und legis Plaetoriae. Für beide wird die Erklärung aufgestellt: es seien, da dies leges imperfectae gewesen, die Thatsachen des Schenkungscharakters der Stipulation und resp. der Minderjährigkeit des promissor nach jus civile

vollständig unerhebliche Thatsachen gewesen, daher die Verwirklichung des Gedankens der lex Cincia und Plaetoria im Rechtsleben nur außerhalb des jus civile, d. i. nur durch den Prätor habe geschehen können; dieser habe daher durch exceptio und, wenn die Exzeptionsthatsachen in jure liquid gestellt waren, durch denegatio actionis geholfen (S. 86). Von diesen exceptiones könne man also recht wohl sagen: substantiam capiunt ex lege.

So der Verf. Was hiergegen zu sagen ist, brauchen wir nicht zu wiederholen. Es ist nicht denkbar, daß die lex Cincia einen blosen wirthschaftlichen Rath ertheilen, nicht denkbar, daß die lex Plaetoria einen Satz der Moral blos in Gewissenserinnerung bringen wollte. Wie aber — diese Frage drängt nun zur Beantwortung — haben denn jene leges gewirkt, da sie, nach Ausweis der exceptio, nicht vernichtend auf die Forderung gewirkt haben?

Für die lex Plaetoria dürfen wir uns auf die völlig überzeugenden Ausführungen von Jhering (a. a. O. S. 114—117) beziehen. Jhering hat nicht nur über die Art selbst, wie jene lex wirkte, sondern auch über die rechtspolitische Bedeutung dieser Wirkungsart helles Licht verbreitet. Nicht durch sponsio praejudicialis, wie der Verf. (S. 89) meint, sondern durch das Institut der Nachklage wurde vor Einführung der Exzeptionen[7]) die exceptio legis Plaetoriae ersetzt: der Gläubiger konnte mit Erfolg klagen, mußte aber das Eingetriebene, und zwar wahrscheinlich mehrfach, zurückgeben; diese Nachklage konnte entweder der Minderjährige selber, oder, wenn

[7]) Daß die lex Plaetoria — und auch die lex Cincia — vor Einführung der Exzeptionen zu setzen sind, möchte zweifellos sein, mag man sie in das Ende der Legisaktionenperiode oder in den Anfang des Formularprozesses setzen (vgl. darüber Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Bd. I, §. 22, 40, 41, S. 106); denn auch der ältere Formularprozeß hielt fest an dem „Grundsatz der Einen Frage“ (Jhering a. a. O. S. 55), kannte also keine Exzeptionen.

er nicht wollte, Jeder aus dem Volke anstellen. Der praktische Werth dieses Instituts der Nachklage ist von Jhering (S. 105—109) anschaulich geschildert worden; den Grund jenes Umwegs möchten wir aber nicht in dem formellen Respekt vor der privaten Autonomie (vgl. Jhering S. 104, 105) erblicken — denn auf einen solchen Respekt möchte kein einziger Gläubiger Werth gelegt haben — sondern in dem von Jh. selbst so sehr betonten Prinzip der Beschränkung des Prozesses auf Eine Frage: man wollte es dem Schuldner, einer redlichen Forderung gegenüber, nicht ermöglichen, durch ungegründete Berufung auf die lex Plaet. die Realisirung des Anspruchs zu verzögern, und schlug daher den Weg ein, daß man bei Uebervortheilung eines Minderjährigen keine Nichtigkeit der Stipulation, sondern eine nachträgliche Strafklage statuirte. — Hierdurch ist aber das Räthsel der exceptio legis Plaetoriae vollständig gelöst. Die Minderjährigkeit war allerdings eine nach jus civile erhebliche Thatsache, nur nicht für die Vertheidigung, sondern für eine selbstständige Klage. Diese Nachklage ist die substantia, d. h. die juristische Bedeutung der lex Plaetoria[8]). Was der Prätor späterhin that, war nur Dies, daß er statt einer Klage eine Einrede gewährte, daß er also den Stoff der lex Plaetoria in eine andere Gestalt umsetzte, daß er — wenn der Vergleich erlaubt ist — jenen Stoff spezifizirte.

Unsere allgemeine Auffassung der exceptio wird also hierdurch auf's Vollkommenste bestätigt: die materielle Grundlage der exceptio kann zivil sein; die exceptio selber aber, diese defensio, ist ein auxilium praetorium.

Mehr Schwierigkeit verursacht die exceptio legis Cinciae. Für sie ist uns ausdrücklich bezeugt (Ulp. fragm. 1),

---

[8]) Dieselbe erscheint nach dem Gesagten nicht als lex imperfecta, sondern, da die Nachklage auf ein Mehrfaches gieng, als lex minusquamperfecta.

daß sie eine lex imperfecta war; es trat hier also weder Nichtigkeit noch Strafe ein. Welches soll nun ihre Wirkung gewesen sein? Eine exceptio Anfangs jedenfalls nicht, aus dem doppelten Grunde, weil es noch keine Exceptionen gab (vgl. Note 7), und weil, wenn die lex Cincia die Klage aus der schenkweisen Stipulation abschneiden wollte, sie das durch Nichtigerklärung derselben bewirkt hätte. Sollen wir uns die lex Cincia in der ersten Zeit ihres Bestehens nicht als ganz wirkungslos vorstellen — und dazu können wir uns nicht entschließen — so bleibt u. E. gar nichts Anderes übrig, als die Annahme, daß die lex Cincia (und ähnlich alle anderen leges imperfectae) eine einfache Nachklage auf den empfangenen und resp. klagweis eingetriebenen Betrag gewährte, eine Nachklage, die mit dem Tode untergieng (morte Cincia removetur, Fragm. Vat. 259). Für diese Annahme müssen wir freilich als Hauptgrund die Undenkbarkeit einer rechtlich ganz bedeutungslosen lex wiederholt geltend machen; doch steht uns auch, wie wir glauben, ein äußeres Zeugniß zur Seite, auf das wir uns mit Zuversicht berufen können. Denn wenn es in L. 6 D. de cond. ob turp. vel inj. causam (12, 5) heißt:

> Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem, existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici,

so ist es doch zum Mindesten wahrscheinlich, daß unter Denen, welche hier als veteres bezeichnet werden, vorzüglich gerade die Juristen gemeint sind, welche in der Zeit vor Einführung der Exceptionen, also zur Zeit der vollen Blüthe des strengen jus civile gelebt haben, die Juristen, von denen die alte interpretatio herrührt [9]). Ist dies aber richtig, dann

---

[9]) Ich stehe sogar nicht an, zu vermuthen, daß die cond. ob inj. causam, weil dem Gesetzeswort am nächsten stehend, die älteste der condictiones wegen grundloser Bereicherung ist, und die anderen sich gewohnheitsrechtlich aus jener entwickelten.

frage ich: Wo soll man sich das Anwendungsgebiet jener cond. ob inj. causam denken? An Leistungen aus nichtigen Rechtsgeschäften kann nach dem oben Bemerkten nicht gedacht werden: es ist anzunehmen, daß man sich im Intresse der prozessualischen Konzentration der Aufstellung von leges perfectae in der ältesten Zeit enthielt[10]). An leges minusquamperfectae ist ebensowenig zu denken, weil hier nicht eine simple Kondiktion, sondern eine Klage auf ein Mehrfaches zustand. Bleibt also das Gebiet der leges imperfectae: auf diesen beruhte die Zuständigkeit der cond. ob injustam causam[11]).

Konnte aber nach dem Vorstehenden ex lege Cincia eine Kondiktion des aus der Schenkungsstipulation Geleisteten eintreten, so bestand die später erfolgende Verleihung einer exceptio durch den Prätor blos in einer Umformung des rechtlichen Schutzes: die substantia nahm jene Exzeption ex lege.

Wir fassen nun mit unserem Verf. (S. 91—102) die exceptiones SCC. Vellejani, Macedoniani und Trebelliani in's Auge. Ref. ist hier mit dem Verf. vollständig einverstanden darin, daß der Senat in jenen Fällen am jus civile Nichts ändern wollte, daß er vielmehr den Jurisdiktionsmagistraten lediglich Rathschläge ertheilte, daß also die ganze rechtliche Bedeutung der betreffenden Exzeptionsthatsachen auf prätorischem Recht beruht. Genügende Erklärung aber für diese Enthaltsamkeit des Senats hat der Verf. u. E. nicht beigebracht. Insbesondere scheint uns der für die

---

[10]) Durch Berufung des Beklagten auf eine lex perfecta wäre der judex in die Lage versetzt worden, sowohl über die Stipulation an sich als über den Einwand des Beklagten entscheiden zu müssen.

[11]) Wem es etwa auffallen sollte, daß die leges imperfectae das Rückforderungsrecht nicht ausdrücklich festsetzten, Dem geben wir zu bedenken, ob nicht auch unsere heutigen Prohibitivgesetze, z. B. ein Wuchergesetz, selbstverständlich (außer der hier überdies eintretenden Nichtigkeit) die Intention haben, daß das contra legem Geleistete zurückgefordert werden kann.

exceptio S. C. Vellejani angeführte Grund (S. 95) unhaltbar. Der Senat, vermuthet Eisele, habe es lieber der Rechtssprechung überlassen wollen, „im einzelnen Falle zu untersuchen, ob gegen den Gedanken des Senatskonsults verstoßen sei, als daß er eine kasuistische Ausführung des Prinzips und eine legislative Fixirung der letzteren selbst versuchte." Es ist nicht abzusehen, warum der Senat, wenn er Richtigkeit jure civili für die dem Prinzip des S. C. unterliegenden Fälle statuirt hätte, jene Kasuistik hätte entwickeln müssen. Der Rechtsprechung wäre die Anwendung eben so anheimgefallen, wie bei dem System der Exzeptionsmäßigkeit: sie hätte gerade so gut die zivilrechtlich wirkungslosen Interzessionen von den civiliter gültigen unterscheiden können, wie sie untersuchte, ob eine exceptio entgegenstand oder nicht. — Am Wenigsten würde obige Erklärung für die exc. S. C. Trebelliani passen, wo blos zu untersuchen ist, ob restitutio hereditatis erfolgt sei oder nicht, und im ersteren Fall Freisprechung, im letzteren Verurtheilung erfolgt.

Wir unsererseits suchen den Grund der Exzeptionswirkung jener drei S. C. C. einfach darin, daß der Senat zur Zeit dieser Beschlußfassungen am jus civile gar Nichts ändern konnte oder daß doch seine Befugniß zur Rechtssetzung damals noch im Streit lag (vgl. auch den Verf. selbst S. 95). S. Gaj. I §. 4 (Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit, idque legis vicem obtinet, quamvis fuerit quaesitum), arg. L. 9 de leg. (1, 3). Da konnten denn jene S. C. C. freilich nicht ipso jure auf die Forderung einwirken, sondern vermochten nur, in Folge des Ansehens, dessen der Senat genoß, die Prätoren zu bewegen, daß sie mit den ihnen zu Gebot stehenden Mitteln einschritten [12]).

[12]) Hiernach gehören die genannten 3 exce. nicht zu denen, die substantiam capiunt ex legibus pp. Nach jus civile waren die betr. Exzeptionsthatsachen ganz unerheblich; nur die Namen jener Einreden deuten auf den Senat, dessen Gutachten sie ihre Einführung verdanken.

Die vom Verf. weiterhin besprochenen exceptiones justi dominii (gegenüber der Publiciana) und solutionis (gegenüber der actio hypothecaria) führen uns zum siebenten Kapitel (S. 107—118), wo unter der Ueberschrift „Nebenfragen"

I. gefragt wird, ob bei der formula in factum concepta [13]) exceptio stattfinde? Die Frage wird bejaht, aber nur insofern unter exceptio eine negative Kondemnationsbedingung verstanden werde, nicht sofern man darunter eine Ausnahme von der Regel, nämlich von dem jus civile zu verstehen habe; denn alle Thatsachen der formula in factum concepta seien, wenigstens in Bezug auf das in Frage stehende Rechtsverhältniß, nach jus civile unerheblich. — U. E. nun ist diese Argumentation irrig. Für die actiones in f. conceptae hatte der Prätor im Edikt gerade so bestimmte Formulare aufgestellt, wie für die actiones in jus conceptae (Gaj. IV §. 46 : in albo proponuntur). Hiernach bedurfte es, wenn der Beklagte in jure eine im Thatbestande des Klagformulars nicht enthaltene Thatsache vorbrachte, der besonderen Einrückung gerade so gut, als wenn er einer actio in jus concepta gegenüber eine dem Thatbestande der intentio fremde Thatsache vorgeschützt hätte. Beidesmal liegt eine Ausnahme vor, die der Beklagte von der Wirksamkeit des normalen Formulars gemacht zu wissen wünscht. Der Einredebegriff bestimmt sich also — wie ja auch unser heutiger — lediglich nach dem Begriff des prozessualischen Klaggrundes [14]) : je mehr Elemente letzterer enthält, um so

---

[13]) Hierunter fällt in Wahrheit nicht nur diejenige, welche sich unverhüllt so darstellt (z. B. actio hyp.), sondern auch die formula ficticia (z. B. actio Publ.).

[14]) Ich brauche mich kaum davor zu verwahren, als wollte ich diesem Begriff für den Römischen Prozeß die Bedeutung beilegen, daß er die Beweislast bestimme.

wenigere bleiben als Domäne der Einrede, und umgekehrt. Es ist also z. B. in Betreff des Einwands der Zahlung gegenüber der actio hyp. gerade so wohl möglich, daß er exceptio war, wie das Gegentheil: ersteres, wenn das vom Prätor im album proponirte Klagformular Nichts von der solutio erwähnte, letzteres, wenn es, wie man gewöhnlich annimmt, den Bestandtheil „eamque pecuniam neque solutam esse pp." enthielt. Selbstverständlich affizirt dieser Unterschied weder die materiellrechtliche Bedeutung der Zahlung für die Existenz des Pfandrechts, noch richtete sich danach die Beweislast; nur die Behauptungslast in jure hieng für den Beklagten davon ab.

Uebrigens ist die exceptio justi dominii gegenüber der act. Publ., trotz der Bemerkungen des Verf. auf S. 104, ein weiterer Beweis dafür, daß gewisse Exzeptionen ihren Stoff aus dem Zivilrecht entnehmen; das letztere würde den Eigenthümer mit einer (nachträglichen) actio geschützt haben; der Prätor aber verleiht ihm eine defensio.

Unter II. wirft der Verf. die Frage auf, ob bei b. f. judicia eine exceptio Platz greifen könne, und beantwortet sie richtig dahin, daß dies in der Regel zu verneinen und nur zwei Ausnahmen zu statuiren seien, einmal für die nicht auf natürlicher Billigkeit ruhenden Exceptionen, und sodann für den Fall der zweifelhaften Erheblichkeit, wo „exceptio sicherer ist, als justa interpretatio" (S. 111).

Sub III. wird überzeugend dargethan, daß in judicio keine wahre exceptio mehr vorgeschützt werden durfte, die der Formel nicht inserirt war; nur per nefas könnten manche judices solche verspätete Einwendungen berücksichtigt haben. Ausgeschlossen sei aber nicht, daß der judex die Verhandlung ausgesetzt und dem Verklagten Zeit gegeben habe, sich gegen die betreffende Versäumniß vom Prätor restituiren zu lassen. — Doch müssen wir in Betreff der vom Verf. besprochenen L. 23 §. 3 de cond. ind. (12, 6) und L. 11 pr. de dol. mol. exc. (44, 4) bemerken, daß in beiden Stellen offenbar von einer

erst post litem contestatam opponirten, und in beiden von einer ohne Weiteres d. h. ohne Restitution zulässigen exceptio die Rede ist, zulässig deßhalb, weil sie erst nach der L. C. entstanden ist.

Im achten und letzten Kapitel (S. 119—129) beschäftigt sich der Verf. mit den praktischen Resultaten der aufgestellten Theorie. Den Hauptnutzen seiner Bemühungen erblickt er darin: nachdem festgestellt sei, daß der Grund der Nothwendigkeit der exceptio einfach in der Unerheblichkeit der betr. Thatsache nach jus civile gelegen habe, so seien alle Bemühungen, jene Frage anderweitig zu lösen, und damit auch alle aus solchen Bemühungen entspringenden Irrthümer abgeschnitten (S. 120). Da ferner das römische Recht in Deutschland als ein durchaus einheitliches rezipirt worden sei, und der materielle Begriff der exceptio lediglich auf der Duplizität von jus civile und honorarium beruht habe, so folge daraus: „eine exceptio in dem ursprünglichen und wahren Sinne gebe es im heutigen römischen Recht nicht; das aber, was man noch für das heutige Recht als exceptio annehme, sei etwas Anderes, als was die Römer mit dem Begriff der exceptio verbunden hätten" (S. 121).

Nur Das sei anzuerkennen, daß die indirekte Wirksamkeit einer Exzeptionsthatsache in manchen Fällen nicht blos auf dem Konflikt von jus civile und jus honorarium, sondern daneben auf andern, inneren Gründen beruht habe: Das sei dann noch heute anzuerkennen (S. 123, 124).

So der Verf.

Wir unsererseits haben zunächst den Grundgedanken desselben, in Gemäßheit der obigen Ausführungen, dahin zu modifiziren, daß wir das Wesen der exceptio ganz einfach dahin bestimmen: sie war eine Ausnahme von dem jeweiligen, im album proponirten Klagformular; von der Fassung des letztern hieng das Gebiet der exceptio ab. Wir sehen alle Exzeptionen ohne Ausnahme an als auf prätorischem imperium beruhende Defensionsbefugnisse gegen die normale

formula, also den prozessualischen Klaggrund. Es versteht sich hiernach, daß das Wort exceptio über den materiellen Charakter des Einwands weder in dem Sinn Aufschluß giebt, daß man wüßte, ob die substantia zivil oder mere praetoria sei (s. o.), noch auch — was wichtiger — in dem Sinn, daß man über den dogmatischen Werth der Exceptionsthatsache — ob sie rechtshindernd, rechtsaufhebend oder rechtslähmend wirke — irgend Etwas erführe [15]) : dieser Werth ergiebt sich erst aus der Beschaffenheit desjenigen Kondemnationsbefehls, von welchem die exceptio die Ausnahme bildet. Und diese materiellrechtliche Bedeutung der Exceptionsthatsachen hätte der Verf. u. E. wenigstens in den Grundzügen entwickeln müssen; die Andeutungen darüber (S. 121—129) sind eben bloße Andeutungen. Es kann nicht Aufgabe des Ref. sein, diese Lücke hier vollständig auszufüllen; eine gedrängte Entwickelung seiner Ansicht möchte aber wohl am Platze sein.

Vor Allem glauben wir betonen zu sollen, daß jede Bedeutung des Unterschieds von ipso jure und ope exceptionis für die Beschaffenheit des klägerischen Anspruchs, das Wort im technischen Sinn genommen, entschieden zu läugnen ist (A. M. z. B. Windscheid, Pand. §. 47). Denn der Anspruch, d. h. das praktische Verlangen, zu welchem das Recht befähigen kann, ist nur entweder vorhanden oder nicht vorhanden. Es giebt hier ein Mittelding so wenig, wie zwischen dem Vorhandensein und Nichtvorhandensein von Thatsachen. Klagthatsachen und Klagpetitum sind die beiden Momente, durch

---

[15]) Am Klarsten wird dies durch folgenden Vergleich. Wo eine exceptio solutionis in der Formel überhaupt vorkam (wie z. B. zweifellos nach L. 30 de pec. const. [13, 5]), war die Thatsache der Zahlung nichtsdestoweniger rechtsaufhebender Natur, bestritt die exc. also die gegenwärtige Existenz des Klagrechts. Umgekehrt war der Einwand des Ususfructus bei der actio Negatoria formell d. h. der Fassung der intentio gegenüber, Leugnen (s. o.); materiell aber war er Behauptung eines Gegenrechts, welches das Eigenthum des Klägers lähmte.

welche der Kläger im heutigen Prozesse sein Recht gleichsam sinnlich kennzeichnet; Beides sind reelle Wirklichkeiten, die entweder existiren oder nicht existiren. Nur das Klagrecht, welches die unsichtbare Vermittlung zwischen beiden bildet, indem es einerseits aus den Klagthatsachen erzeugt ist und andererseits das petitum rechtfertigt, verträgt den Unterschied von Nichtexistenz und Gelähmtsein; denn es besteht nur für die juristische Vorstellung; der Anspruch aber ist etwas praktisch sehr zu Spürendes. Nihil interest, sagt Paulus in L. 112 D. de R. J., ipso jure quis actionem non habeat (d. h. ob ihm nicht einmal das gewöhnliche Klagformular[16]) zur Seite steht), an per exceptionem infirmetur[17]).

Die Frage ist also so zu stellen: Wie wirkt die der römischen exceptio zu Grunde liegende Thatsache auf das Recht des Klägers ein? Ist die herrschende Vorstellung richtig, wonach jene Wirkung eine die Existenz des Klagrechts gar nicht affizirende, sondern nur seine Ausübung lähmende ist? Zur richtigen Beantwortung dieser Frage müssen wir in folgender Weise unterscheiden:

I. Exceptio gegenüber einer formula in jus concepta.

1. Gegenüber der actio in rem. Hier ist die herrschende Vorstellung ganz unbezweifelbar im Recht. Das der actio in rem zu Grunde liegende Recht, mag es ein dingliches oder ein anderes sein, hat sein unmittelbares Objekt nicht in der Person des Gegners, sondern in irgend etwas Anderem, Was der recht-

---

[16]) Paulus denkt zwar nur an das auf das jus civile abgestellte Formular („ipso jure“); dasselbe gilt aber unzweifelhaft auch für die formulae in factum conceptae.

[17]) Mit ganz demselben Recht können wir h. z. T. sagen: Es ist völlig einerlei, ob nicht einmal die Klagthatsachen (die den Anspruch prima facie rechtfertigen) wahr sind oder ob eine Einrede (im heutigen Sinn) zusteht; der Anspruch besteht beidesmal einfach nicht.

lichen Herrschaft des Klägers (ganz oder theilweise) unterworfen ist (Sache, Vermögen, Person eines Dritten u. s. w.). Diese Unterwerfung wird nicht negirt dadurch, daß ein bestimmter Gegner den aus dem Recht erhobenen Anspruch durch eine exceptio zurückweisen kann. Es kann nicht davon die Rede sein, daß darum, weil der jetzige Beklagte der angriffsweisen Geltendmachung des Rechts, also seiner Inanspruchnahme, entgegentreten darf, das klägerische Recht gar nicht bestehe. Nur (zeitweis oder für immer) lahm gelegt nach dieser Seite hin ist es — einerlei ob der materielle Gedanke, auf dem die exceptio beruht, prätorisch ist (z. B. exc. metus, doli) oder zivil (z. B. exc. rei locatae); dritten Personen gegenüber besteht das Recht vollkräftig.

2. Anders muß u. E. gesagt werden bei actiones in personam (vgl. schon Brinz, Pand. S. 1631—1633). Eine mit peremtorischer[17a]) exceptio behaftete Obligation ist obligatio

---

[17a]) Die dogmatische Bedeutung der einer obligatio anhaftenden exceptio dilatoria ist unzweifelhaft die, daß dadurch nicht das deberi (der dies cedens), sondern nur das peti posse (der dies veniens) ausgeschlossen ist. Und zwar ist das Verhältniß durchaus dasselbe, wie wenn die actio ipso jure (jure civili) suspendirt ist. Jeder Unterschied ist hier unerfindlich. Und wenn L. 20 D. de jure dot. (23, 3) auch ausdrücklich sagt: „Aliud est enim differre exactionem (durch ein pact. de non pet.); aliud, ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit", so wird der sachliche Unterschied beider Fälle dennoch dem Unbefangenen stets verborgen bleiben; beidesmal ist die actio suspendirt, beidesmal die obligatio praesens (auch im zweiten Fall: L. 46 pr. D. de V. O. [45, 1], §. 2 J. de V. O. [3, 16]. Der wahre und wirkliche Sinn jener Stelle ist in der That der: Nach Zivilrecht (welches zur Anwendung kommt, wenn in den Stipulationsworten selbst der Tod der Promittirenden als Zeitpunkt der Fälligkeit bestimmt wird) kann eine Frau keine dos gültig versprechen, die erst mit ihrem Tode fällig ist; wohl aber nach prätorischem Recht d. h. durch ein selbstständiges (wenn auch sogleich nach der Stip. abgeschlossenes) pactum de non petendo a viva. — Streng genommen begründet übrigens dieses pactum eine peremtorische exceptio, für die Frau nämlich, und die Möglichkeit, daß obligatio incipit

nulla[17b]). Nicht darum, weil, wie der Verf. meint, die Duplizität von jus civile und jus honorarium bei uns vollständig aufgehoben wäre — diese Behauptung hat der Verf. zwar aufgestellt, aber nicht bewiesen —, sondern aus folgenden Gründen. Die obl. besteht ihrem Begriff nach nur in einer gewissen Beziehung zu der ganz bestimmten Person des Schuldners, und diese Person ist der einzige denkbare Gegner. Steht diesem aber eine exceptio peremtoria zu, so ist damit das Recht des Gläubigers in jeder Hinsicht verneint: als Forderungsrecht sowohl, als peti posse (wo es mit dem Anspruch Eins ist), wie in dem schwächeren Sinn: als deberi, als Schuldrecht. M. a. W. es wird nicht nur der aus der obligatio erhobene Anspruch ausgeschlossen, sondern es wird auch bei allen Rechtsfragen, wo es bloß darauf ankommt, debitum[18]) sit an non, die betr. Schuld als nicht vorhanden angesehen (constitutum, novatio, condictio indebiti u. s. w.). Und die Römer haben das wahre Verhältniß auch sehr wohl erkannt. Vgl. statt aller L. 66 de R. J., L. 25 de v. o. (45, 1), L. 20 §. 3 de lib. causa, L. 26 §. 3 de cond. ind. In dieser vollständigen Bedeutungslosigkeit der nuda obligatio ex jure Quiritium sehe ich den Grund, warum gar kein Bedürfniß entstand, sie, gleich dem quiritarischen Eigenthum, förmlich aufzuheben.

Nur zwei Einwendungen können gegen das Vorstehende mit einigem Schein erhoben werden. Einmal, daß bekanntlich

ex persona heredis, beruht also schon auf dem prätorischen Recht; Justinian, welcher in L. un. C. h. t. (4, 11) diese Möglichkeit auch jure civili statuirte, konnte mit Fug von nimia subtilitas verborum sprechen: er erklärte es lediglich für unschädlich, wenn die Todeszeit des promissor (oder stipulator) in die Stipulation selbst aufgenommen war.

17b) Steht eine solche exceptio also der obl. von Anfang an entgegen, so ist der Umstand, auf dem sie beruht, ein klagrechtshindernder, wenn erst nachher, ein klagrechtsaufhebender. — Es ist hier natürlich abstrahirt von etwa bestehender obl. naturalis.

18) Also ohne Rücksicht darauf, ob die Schuld fällig ist.

durch Ratihabition gewisse Exzeptionen, in Folge deren die obligatio ungültig war, in Wegfall kommen können [19]). Hierauf ist aber einfach zu erwidern, daß eine Konvaleszenz durch nachträgliche Genehmigung auch bei civiliter nichtigen Obligationen vorkommen kann. Man denke nur an Schenkungsversprechen unter Ehegatten oder, für das heutige Recht, an Genehmigung des obligatorischen Vertrags, den ein vollmachtloser Stellvertreter abgeschlossen hat. — Sodann aber könnte man betonen wollen, daß, wenn jure praetorio eine Aufhebung der Obligation durch Vertrag (also durch pactum de non petendo) erfolgt sei, durch ein pactum de (rursus) petendo die alte obligatio wieder aufleben könne, also kein ganz neuer Vertrag (mit neuer causa civilis) nöthig sei. Diese Berufung hat nun, wie Ref. glaubt, vom Standpunkt des Römischen Rechts aus eine unbestreitbare Berechtigung. Man verwerthete die dem Namen nach noch aufrechtstehende obligatio juris civilis, um ihren Inhalt, der sonst nur durch eine neue zivile Form (causa civilis) wieder zu begründen war, durch einen formlosen Vertrag wiederzuerlangen. Für uns aber ist, bei der Formlosigkeit der obligatorischen Verträge, weder ein Bedürfniß für diesen Umweg vorhanden, noch zuzugeben, daß der formlose Erlaßvertrag h. z. T. blos ope exceptionis wirke; wie der formlose Vertrag heute eine Obligation begründen kann, so kann er sie auch schlechthin aufheben; und zwar hebt sie der Erlaß nach dem Willen der Partheien stets schlechthin auf, da das Bewußtsein von der bloß prätorischen Wirksamkeit des pactum de non petendo unserem heutigen Rechtsleben vollständig abhanden gekommen ist [20]).

---

19) Was man dann als Verzicht auf die exceptio aufzufassen pflegt, — eine Vorstellung, deren Richtigkeit hier nicht zu untersuchen ist.

20) Auch der kürzlich von Fitting (Archiv für ziv. Pr. Bd. LII, S. 574—579) mitgetheilte Rechtsfall hat unsere Ansicht über diesen Punkt nicht ändern können. Wenn in jenem Fall ein ernstlicher Verzicht vorlag,

II. Exceptio gegenüber einer formula in factum concepta. Da sich das Gebiet der exceptio lediglich nach dem normalen Thatbestande der Formel bestimmt, so kann die materielle Bedeutung der Exzeption eine sehr mannichfaltige sein. Der Exzeptionsumstand kann sein: rechtshindernd (z. B. exc. S. C. Vell. gegenüber einer actio de pec. const.), rechtsaufhebend (z. B. gegenüber der actio hyp.: Berufung auf die Einwilligung des Pfandgläubigers in den Verkauf der Pfandsache; gegenüber der actio quod metus causa: Einrede der Ratihabition, vgl. L. 4 C. h. t. [2, 20]) oder rechtslähmend (z. B. exceptio dominii gegenüber der actio Publiciana).

Fassen wir die Resultate unserer Untersuchung kurz zusammen, so glauben wir den Beweis für folgende Sätze erbracht zu haben:

I. Die Bedeutung der römischen exceptio ist, wie die unserer heutigen Einrede, eine lediglich prozessualische; sie bilden beide die Kehrseite des jeweiligen prozessualischen

so hob er die Obligation vollständig und geradezu auf. Wer von „jeder Geltendmachung seiner Ansprüche absteht“ (S. 578), verzichtet auf die betr. Forderung ganz unumwunden; er hat nicht entfernt die Absicht, daß sie als zivile fortbestehen und nur jure praetorio unwirksam sein soll. Nicht einmal eine obligatio naturalis, wie das Spruchkolleg eventuell annimmt, blieb übrig; denn nicht jede Anstands- oder sittliche Pflicht ist eine obl. nat. Daraus folgt aber nicht, daß wir in dem späteren Versprechen des Beklagten ein Schenkversprechen zu erblicken haben; eine subjektive Anerkennung derartiger Pflichten kann ihnen rechtlichen Charakter verleihen: wie eine freiwillige Leistung hier möglicherweise solutio (und nicht donatio) ist, so kann auch ein Versprechen (bei den Römern stipulatio) den Charakter der subjektiven Anerkennung an sich tragen (vgl. des Ref. Beiträge zur Theorie der condictio indebiti [1868] S. 32 ff.).

Klaggrundes d. h. Desjenigen, Was vom Kläger, bei Anstellung der Klage, behauptet (edirt) werden muß. Da diesen Klaggrund im klassischen Prozeß ein im album praetoris ausgestelltes Klagformular bildete, auf das der Kläger hinzuweisen hatte, so war exceptio eine von dem Beklagten zu erwirkende Ausnahme von der Anweisung an den judex, bei richtig befundenem (normalem) Formular den Beklagten zu verurtheilen.

II. Diese prozessualische Bedeutung der exceptio, also daß man sich damit defendiren konnte, beruhte immer auf dem prätorischen imperium; insofern sind alle Exzeptionen prätorisch.

III. Der materielle Rechtsgedanke, dessen Organ die exceptio ist, kann prätorisch, aber auch zivil sein, d. h. es ist möglich, daß er schon im Zivilrecht, nur in anderer Weise, durchgesetzt wurde.

IV. Der dogmatische Werth des Exzeptionsinhalts ist ein höchst mannichfaltiger, so mannichfaltig, wie der unserer heutigen Einredethatsachen.

V. Es fehlt jeder Grund, im heutigen Prozeß für die rechtslähmenden Thatsachen den Ausdruck Exzeptionen (im Gegensatz zu den klagrechtshindernden und -aufhebenden Thatsachen) beizubehalten; denn die römische exceptio konnte auch auf einer rechtshindernden oder rechtsaufhebenden Thatsache beruhen.

Es erübrigt uns noch die Besprechung der drei werthvollen Beilagen, welche dem vorliegenden Werke angefügt sind.

Beilage I (S. 130—144) erörtert die bei Gajus IV, §. 47 erwähnten Doppelformulare in jus und in factum. Der Verf. hat, wie uns scheint überzeugend, dargethan, daß die ältere der beiden Formulirungen diejenige in factum ist, daß die 12 Tafeln nur das s. g. depositum miserabile mit Rechtsschutz versehen haben, daß es erst der Prätor war, welcher aus anderweitigem depositum und aus commodatum eine Klage gab, und daß erst später beide Rechtsgeschäfte auch vom Zivilrecht anerkannt worden seien. Auch darin stimmen wir ihm bei, daß vor Einführung des prätorischen Schutzes von dep. und comm. hauptsächlich die fiducia (deponendi, commodandi causa) jene formlosen Geschäfte ersetzte. Zur Bestätigung können wir hierfür auf Gaj. II, 60 aufmerksam machen, woraus wir sehen, daß es noch zu seiner Zeit üblich war fiduciam contrahi cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent.

Dagegen müssen wir in zwei Punkten von dem Verf. abweichen.

1) Der Verf. hält depositum nnd commodatum für die einzigen Fälle jener Doppelbildung. Allein ganz dasselbe Bedürfniß eines prätorischen Schutzes hat ohne Zweifel auch für den contractus pigneraticius, der ja Anfangs ebenfalls durch pactum fiduciae ersetzt werden mußte, zunächst eine actio in factum hervorgerufen, und auch für ihn dürfen wir annehmen, daß zu Gajus' Zeit daneben auch schon, in Gemäßheit der bona fides, ein ziviler Schutz eingeführt war. Dies wird durch das „velut depositi et commodati“ zu Anfang von Gaj. IV, §. 47 bestätigt und durch die Gründe des Verf. nicht widerlegt. Nicht dadurch, daß am Schluß der Stelle „schlicht gesagt wird“ : similes etiam commodati formulae sunt; denn die Hervorhebung des commodatum erklärt sich

einfach daraus, daß die Aehnlichkeit der Formeln von dep. und comm. weit größer ist, als zwischen dep. und pignus; bei letzterem war, wenigstens bei der formula in factum concepta, ohne Zweifel als besondere Voraussetzung die Zahlung der Pfandschuld aufgeführt. Auch nicht durch L. 9 de obl. et act. (44, 7)[21]), woraus folgen soll, daß es keine actio pigneraticia in factum concepta gegeben habe; denn mit demselben Rechte könnte man auf Grund jener Stelle alle übrigen actiones in f. conc. leugnen[22]). Und am Allerwenigsten durch Gaj. III, §. 90, 91, woraus folgen soll, daß es zur Zeit des Formularprozesses keine actio pign. in jus concepta gegeben habe (vgl. des Verf. Nachtrag zu S. 132)[23]). Jenes Argument ist geradezu unbegreiflich; denn wenn jene §§. die Realobligationen erschöpfend aufzählten, so würden depositum und commodatum ebenfalls ohne zivile Klage gewesen sein!

2) Der Grund, warum nach Einführung zivilen Klagschutzes der Prätor die actiones in factum conceptas für die betr. Rechtsverhältnisse daneben beibehielt, wird vom Verf. dahin angegeben: die formula in factum concepta sei für den Fall beibehalten worden, wenn der Beklagte in jure das depositum pp. abgeleugnet habe; im andern Falle habe man actio in jus concepta ertheilt. Die praktische Bedeutung der ersteren Formel soll aber darin bestanden haben, daß ihr zufolge die Kondemnation nicht mehr durch Naturalrestitution habe

---

21) Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum, et quod vi aut clam, depositi et commodati: ut Julianus putat.

22) Der Charakter als actio in factum concepta war nach Julian offenbar nicht die einzige Bedingung der Zulässigkeit einer vom filiusfamilias anzustellenden Klage; welche Erfordernisse er außerdem stellte, wissen wir nicht; die actio pigneraticia entsprach denselben jedenfalls so wenig, wie z. B. die actiones doli, hypothecaria.

23) Hiernach ergäbe sich das seltsame Resultat, daß zu Gajus' Zeit der contractus pigneraticius noch ganz klaglos gewesen wäre!

abgewendet werden können. — Es muß nun aber als höchst unwahrscheinlich angesehen werden, daß man dem Kläger die Ableistung eines juramentum in litem gestattet hätte, obgleich der Beklagte fähig und erbötig war, die Sache selbst herauszugeben. Diese Unwahrscheinlichkeit wird erhöht, wenn man an die Zeit denkt, wo die formula in factum concepta die einzige von beiden war, also doch auch für den Fall gebraucht werden mußte, wenn die Thatsache der Deponirung pp. in jure eingestanden war[24]). Diese Bedenken scheinen uns so stark, daß wir ihnen gegenüber die Alternative annehmen: entweder, daß in der von Gajus überlieferten Formel hinter dem zweiten condemnato ein zweites nisi restituat aus irgend einem Versehen ausgefallen ist, oder — und Dies ist uns wahrscheinlicher — daß in dem redditam non esse auch Restitution während des Prozesses inbegriffen war. — Sollen wir unsre eigne Ansicht über den Grund der Fortdauer der act. in f. conc. neben der act. in jus conc. aussprechen, so gestehen wir, daß wir schon das — bei den Römern bekanntlich ganz besonders wirksame — Gesetz der Beharrung für genügende Erklärung halten würden, also das Fehlen einer genügenden Veranlassung zur Aufhebung; doch mochten auch manche positive Gründe für das Bestehenbleiben sprechen. Weniger die Rücksicht auf den filiusfamilias, die man sich vielfach überhaupt als den Grund der in Rede stehenden Doppelformulirungen denkt; denn Dem war auch durch actiones ficticiae zu helfen. Sondern ein Hauptgrund scheint uns folgender zu sein. Bei der actio depositi pp. in jus concepta konnte bei einer pluris-demonstratio (z. B. Angabe von 2 deponirten Tischen, statt Eines) nicht wohl die Rede davon sein, daß die

---

[24]) Man müßte denn annehmen, daß der Prätor damals zwei formulae in factum conceptae in Bereitschaft gehabt hätte, eine, mit dem Zusatz nisi restituat od. dergl., für den Fall des Eingeständnisses, die andere, ohne denselben, für den Fall des Ableugnens — Was eine reine Hypothese wäre.

wirklich zuständige Klage konsumirt sei, da diese als alia actio, nicht als Klage auf ein minus, anzusehen war. Es konnte aber, namentlich wegen des infamirenden Charakters der actio depositi, wünschenswerth sein, daß der Kläger vor Zuviel-forderung durch die Gefahr des totalen Verlustes abgeschreckt wurde. Dieß war aber bei der formula in fact. conc. unzweifelhaft der Fall; hier waren die facta Dasselbe, Was bei der actio in jus conc. die intentio, und wie bei dieser [25]), so führte bei jenen das Zuvielangeben zum Verlust (in obigem Beispiel würde also durch die Konzipirung der Formel auf zwei Tische die Geltendmachung des Einen, wirklich deponirten Tisches konsumirt sein). Man sehe den, freilich unvollständig erhaltenen §. 60 aus Gaj. IV.

In Beilage II (S. 145—153) bespricht der Verf. die formula der actio furti. Hier sind wir mit dem Resultat, daß die actio furti manifesti in factum, die actio furti nec manif. aber in jus konzipirt war, vollständig einverstanden. Nur müssen wir in Betreff der letztern Klage Einspruch dagegen erheben, daß das in concreto begangene furtum als simple demonstratio figurirt hätte. Die demonstratio ist, wie der Verf. (S. 14) richtig bemerkt hat, nicht ein Beweissatz, sondern nur generelle Bezeichnung des Klaggegenstandes; es kam dabei also auf allzugroße Genauigkeit der Fassung nicht an. Wohl aber war diese Genauigkeit geboten bei einer Diebstahlsklage, wo gerade die Frage, ob der Beklagte eines bestimmten furtum schuldig oder nicht schuldig sei, im Vordergrund steht (vgl. Keller, röm. Zivilprozeß §. 15 a. E.). Aus diesem Grunde ist man zur Annahme genöthigt, daß die actio furti nec manif. nicht nur in jus, sondern zugleich in factum konzipirt war, also einen Beweissatz enthielt, der das konkrete Klagrecht (das oportere) nicht blos, wie eine demonstratio,

---

[25]) Natürlich nur bei der intentio certa.

andeutungsweise beschrieb, sondern genau individualisirte; etwa so:

Si paret, N^m. N^m. A^o. A^o. furtum fecisse paterae aureae ob eamque rem N^m. N^m. pro fure damnum decidere oportere,

Quanti ea res est, tantam pecuniam [26]), judex, N^m. N^m. condemna, s. n. p., a.

Das wird dann durch Gaj. IV, 37 wesentlich unterstützt.

Beilage III (S. 154—179) ist überschrieben: Probabilia über die legis actio per condictionem. Auch auf den Verf. also hat der Reiz gewirkt, den die dürftige Notiz bei Gaj. IV, §. 17ª—20 schon bei so Vielen ausgeübt hat; sehr begreiflich; denn es scheint kaum eine größere Genugthuung für die heutige Wissenschaft denkbar zu sein, als wenn es ihr gelänge, einen Punkt aufzuklären, der dem Gajus und seinen Zeitgenossen dunkel war. Kein Wunder, daß als Grund der Einführung schon die allerverschiedensten prozessualischen, materiellrechtlichen und wirthschaftlichen Gesichtspunkte geltend gemacht worden sind. Unser Verf. stellt folgende neue Ansicht auf: Gajus berichte IV, 107, daß unter bestimmten Voraussetzungen (judicium legitimum, act. in pers., intentio juris civilis) die Ausschließung einer zweiten identischen actio ipso jure erfolge, in allen übrigen Fällen ope exceptionis. Da nun der zivile Satz „bis de eadem re ne sit actio“ voraussetze, daß eine legis actio stattgefunden habe, so sei der Schluß gerechtfertigt, daß die Gesammtheit der obigen Voraussetzungen eben eine der alten legis actiones bilde oder doch alle ihre wesentlichen Momente enthalte. Diese legis actio sei die l. a. per condictionem. Auf diese paßten alle jene Voraussetzungen;

---

[26]) Eine Verdoppelung war hier u. E. nicht mehr nothwendig; die ea res war das pro fure damnum decidere oportere, und das gieng eben auf das duplum.

verba solennia seien aber bei dieser legis actio so wenig vorgekommen, wie im Formularprozeß; die einzige Förmlichkeit sei die litiscontestatio gewesen, und zwar sei sie gerade für die l. a. per cond. eingeführt worden, um das feierliche agere zu ersetzen; aus der l. a. per cond. sei sie in den Formularprozeß übergegangen, der sich dieser legis actio auf's Engste anschließe. Schon bei unserer l. a. per cond. (sowohl ex lege Silia, wie ex lege Calpurnia) sei eine formula vorgekommen, und die Neuerungen, welche die lex Aebutia getroffen habe, seien im Wesentlichen blos zwei gewesen: Aufhebung der denuntiatio ad judicem capiendum (die mit Keller für eine außergerichtliche gehalten wird), und Ausdehnung des Formularverfahrens über das Gebiet, welches es in der l. a. per cond. hatte, auf andere Rechtsverhältnisse.

So fein- und scharfsinnig die Kombination des Verf. ist, und so sorgfältig er sie zu begründen gesucht hat, so können wir uns von ihrer Richtigkeit nicht überzeugen. Und zwar aus folgenden Gründen:

1) Es muß geleugnet werden, daß zwischen der l. a. per cond. und dem Formularverfahren eine so große Aehnlichkeit bestanden hat, wie man gewöhnlich anzunehmen pflegt. Dasjenige Moment, welches, soweit ich sehe, dazu verleitet hat, ist der Umstand, daß jene legis actio die jüngste ist. Daraus folgt aber doch höchstens, daß wir in derselben gewisse Fortschritte gegenüber den früheren legis actiones vermuthen dürfen, mit Nichten aber, daß in ihr der Grundcharakter des Legisaktionenverfahrens aufgehoben oder auch nur beeinträchtigt wäre. Wir sind überzeugt, daß auch bei jener legis actio

a) das Erforderniß der verba solennia so gut bestand, wie bei den übrigen; nicht nur für die Rechtsbehauptung und Rechtsbestreitung selbst, sondern auch für die denuntiatio, zumal auch letztere entschieden für eine gerichtliche gehalten werden muß. Der Verf. ist zwar mit Keller der, bekanntlich auch von Jhering gebilligten, Ansicht, die den. sei außergerichtlich gewesen. Allein diese Ansicht scheitert u. E.,

von untergeordneten Argumenten abgesehen, an zwei unwiderleglichen Gründen. Einmal an dem äußeren Grund, daß es bei Gajus heißt:

„actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX. adesset“

Was bei unbefangener Betrachtung kaum anders verstanden werden kann, als so, daß die Partheien bei der denuntiatio in jure sich befinden. Sodann aber an folgendem inneren Grund. Es kann, trotz der soeben angeführten Aeußerung des Gajus, nicht wohl bezweifelt werden, daß die denuntiatio eine gegenseitige war. Dafür spricht nicht nur der in Gaj. IV, §. 17a erwähnte Parallelismus mit der denuntiatio ex lege Pinaria (an deren Gegenseitigkeit meines Wissens noch Niemand gezweifelt hat), sondern auch der Grundcharakter des — in feierlicher Wechselrede bestehenden — Legisaktionenverfahrens, endlich der Name condictio. War aber die den. eine gegenseitige, so wäre, dieselbe als außergerichtliche angenommen, die legis actio per cond. nur im Falle freiwilliger Vereinbarung über diese Prozeßform möglich gewesen; der Fortschritt, den die lex Silia und Calp. bewirkt hätten, wäre also — er mag in Was immer bestanden haben — jedenfalls ein höchst prekärer gewesen. Muß nun aber hiernach angenommen werden, daß die condictio eine gerichtliche (durch in jus vocatio, und in jure durch den Prätor erzwingbare) war, so ist an Formlosigkeit derselben nicht zu denken.

Gesetzt aber auch, die Erfordernisse der l. a. per cond. seien freiere gewesen, so wäre, wenn das jus civile gerade eine legis actio zur Konsumtion einer Klage gefordert hätte, schon das Erforderniß einer, wenn auch außergerichtlichen und formlosen, denuntiatio ein unumgängliches gewesen; gerade diese den. hat aber die lex Aebutia zweifellos aufgehoben, und da sie, laut Gaj. IV, §. 33, in der formula auch niemals fingirt wurde, so müßte nach des Verf. Theorie die Ipso-jure-Wirkung der Konsumtion nunmehr zessirt haben.

b) Die Behauptung, daß schon bei der l. a. per cond. eine formula vorgekommen sei, müssen wir für eine unbewiesene Hypothese erklären. Insbesondere kann dafür nicht Gaj. IV, 48 angeführt werden, wo nach dem Verf. (S. 173) das sicut olim fieri solebat sich nur auf die l. a. per cond. (ex lege Calp.) beziehen soll, weil hier eine formula, also auch eine condemnatio vorgekommen sei. Hiergegen spricht einmal die Erwägung, daß unter dieser Voraussetzung Gajus doch nicht wohl sagen konnte „fieri solebat", und sodann der Ausdruck „petamus", der doch technisch gerade auf Vindikationen geht. Es ist also klar, daß der Satz sich auf alle Legisaktionen bezieht [27]); wir haben nicht nöthig, ihn auf eine spezielle, mit formula ausgerüstete, legis actio zu beziehen.

Positiv gegen die formula bei der l. a. per cond. spricht aber Gaj. IV, 30, welche Stelle kein Unbefangener anders verstehen kann, als so, daß erst nach der lex Aebutia Formeln vorkamen, mag man annehmen, sie habe dieselben geradezu eingeführt oder, sie habe dem Prätor die Gestaltung der neuen Prozeßform vollständig überlassen.

Es ist dem Ref. aber auch das Bedürfniß einer formula [28]) oder irgend eines anderen besonderen Verbindungsglieds zwischen jus und judicium bei unserer l. a. ganz unerfindlich; es ist durchaus nicht abzusehen, warum der judex nicht einfach

---

[27]) Hiernach muß man denn das vorausgehende condemnat bezüglich der Zeit des „olim" nothwendig als einen ungenauen Ausdruck für judicabat (in ipsam rem) ansehen; diese Ungenauigkeit erklärt sich einfach daraus, daß Gajus, wollte er genauer sein, viel mehr Worte nöthig gehabt hätte.

[28]) Eine solche nimmt bekanntlich schon Keller (röm. Zivilprozeß §. 18) für die cond. ex lege Calpurnia an, während er für die cond. ex lege Silia — u. E. ebenfalls ohne Grund — eine sponsio praejudicialis vermuthet. Daß die, im Formularprozeß bei der actio de certa pecunia credita vorkommende sponsio tertiae partis, als reine Pönalstipulation, schon auf der lex Silia beruht, bestreiten wir nicht.

über die Wahrheit oder Unwahrheit des Ajo te mihi dare oportere pronuntiiren konnte.

2) Nach des Verf. Theorie könnte auch im Formularprozeß nur bei Klagen auf certa pecunia und omnis certa res von einer ipso jure wirkenden Konsumtion die Rede sein. Allein Gajus spricht in IV, 107 allgemein von actiones in personam; darunter fallen aber z. B. auch die (zivilen) Deliktsklagen, die doch (außer der condictio furtiva) weder auf certa res noch auf certa pecunia gehen. Daß auch bei ihnen Ipso-jure-Wirkung eintritt, beweist doch wohl, daß der Grund dafür anderswo gesucht werden muß, als in einer Aehnlichkeit ihrer Voraussetzungen mit denen einer gewissen legis actio.

Müssen wir dem Vorstehenden gemäß den Zusammenhang, welchen der Verf. zwischen der l. a. per cond. und der Stelle Gaj. IV, 107 aufgefunden zu haben glaubt, leugnen, und demnach es ablehnen, aus der letztern Rückschlüsse auf das Wesen der erstern zu machen, so sprechen wir unsre eigne Ansicht dahin aus, daß der Vortheil, den die legis actio per cond. bot, ganz einfach 1) in dem Wegfall des sacramentum, und 2) in der ausnahmslosen Zuständigkeit eines judex bestand. Beide Vortheile liegen freilich so auf flacher Hand, daß man die Unklarheit, worin sich Gajus befand, kaum begreifen kann, und sich dieselbe nur damit erklären läßt, daß oft gerade das Nächstliegende übersehen wird. — In Bezug auf den Gang des Verfahrens sind wir völlig einverstanden mit der Ansicht von Demelius (krit. V.-Schr. Bd. VIII, S. 513, 514), können uns also einer desfallsigen Erörterung entschlagen.

Daß aber im Formularprozeß die Konsumtion nur unter den von Gajus genannten Voraussetzungen ipso jure wirkt, bedarf in Bezug auf das Erforderniß des judicium legitimum und der formula in jus concepta keiner Erklärung; bei dem jud., quod imperio continebatur, fehlte es zur zivilen Wirkung an der Macht, bei der formula in factum concepta an dem Objekt. Mit dem Erforderniß der actio

in personam aber hat es, wie uns scheint, folgende Bewandtniß.

Die lex Aebutia führte den Formularprozeß höchst wahrscheinlich nur für die actiones in personam ein [29]); actiones in rem blieben den Zentumvirn und Dezemvirn vorbehalten. Bei beiden aber trat die prozessualische Konsumtion fortwährend ipso jure ein, hier durch Vollzug der legis actio, dort durch Einhändigung der formula an die Partheien : denn auch das Formularverfahren beruhte ja auf einer lex [30]). Da sich nun aber der Formularprozeß in der ersten Zeit nur mit Klagen befaßte, die auf ein oportere abgestellt waren, so ist es begreiflich, daß man hier die Konsumtion, mit einer leichten Wendung des Gedankens, statt auf die prozessualische Handlung des Klagens — in welchem Sinne sie auf alle Klagen paßte — auf den materiellen Inhalt der intentio bezog (vgl. auch Keller §. 60, not. 712). Als dann später die formula petitoria aufkam, da konnte man natürlich durch Klaganstellung nur den Anspruch, nicht die intentio für konsumirt halten. Da aber die normale formula petitoria lediglich auf die Wahrheit der intentio abgestellt war, so hätte der judex, in Folge seines Subordinationsverhältnisses zum Prätor, die Behauptung des Beklagten, daß die angestellte Klage konsumirt sei, nicht hören dürfen [31]), wenn der Prätor nicht eine exceptio (rei in jud.

---

29) Sonst hätte man sich des Umwegs der in rem actio per sponsionem praejudicialem gewiß nicht bedient, um eine actio in rem vor unus judex zu bringen.

30) Es ist also gar nicht nöthig, zur Erklärung der Ipso-jure-Wirkung der formula die Aehnlichkeit mit irgend einer alten legis actio zu Hülfe zu rufen.

31) Im Legisaktionenverfahren war dies u. E. anders; der oder die Geschworenen hatten hier nicht nur über die Wahrheit des Inhalts der Rechtsbehauptung des Klägers zu erkennen, sondern auch über das Behauptendürfen : war dieselbe legis actio schon einmal vorgekommen, so war sie

ded. oder rei judicatae) eingerückt hätte, welche das Recht des Klägers bestehen ließ, den erhobenen Anspruch aber ausschloß.

Sollen wir uns nun zum Schluß noch über die Ansicht äußern, welche unser Verf. über die litiscontestatio aufgestellt hat, so glauben wir ihm nicht zu nahe zu treten, wenn wir dieselbe unter seinen Probabilia für das wenigst Probable erklären.

Der Verf. meint: die lit. cont. sei gerade mit der legis actio per cond. eingeführt worden, um das fehlende feierliche agere der Partheien durch eine feierliche Aufforderung, Zeuge des formlos Geschehenen zu sein, zu ersetzen. Diese Meinung fällt mit der Voraussetzung, auf der sie ruht, mit der Formlosigkeit der legis actio per cond., von selbst zusammen. Alle legis actiones setzten certa verba voraus; keine bedurfte also zu mehrerer Feierlichkeit eines weiteren Solennitätsakts. Wir beharren also bei der Ansicht, daß die lit. cont. bei allen legis actiones, wo sie überhaupt vorkam, lediglich die Bedeutung eines Beweismittels über den Hergang in jure hatte, und daß sie bei ihnen allen durch die reine Mündlichkeit der legis actio zum Bedürfniß (nicht zur juristischen Voraussetzung des Anhängigseins des Prozesses) wurde. Die vom Verf. angeführten Worte des Epitomator von Festus:

> Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote

bilden für seine Ansicht nicht den geringsten Beleg, da der Ausdruck ordinare judicium eben so wohl, wie für Erthei-

---

das zweite Mal nichtig, und wenn Das der judex befand, so mußte er den Kläger abweisen. Wie sehr man also auch der Ansicht Bülow's, daß lediglich der Prätor über das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen entschieden habe, für die Zeit des Formularprozesses zustimmen muß, so ist sie doch für das Legisaktionenverfahren nur cum grano salis richtig.

lung einer formula (die Eisele schon in der l. a. per cond. finden will), auch für mündliche Ernennung eines judex paßt; eine solche kam aber nicht nur bei der l. a. per cond., sondern ebenso bei l. a. per jud. post. und bei l. a. sacr. ex lege Pinaria vor.

Wir glauben sogar, daß obige Stelle ein sehr bedeutendes Argument für die Auffassung der lit. cont. als blosen Beweismittels abgiebt. Solennitätszeugen können niemals erst nach dem Akt, zu dessen Gültigkeit sie erfordert sind, aufgerufen werden. Die rogatio muß geschehen, ehe derselbe vor sich geht, weil sie einen Bestandtheil dieses Akts bilden und diese ihre Qualität schon während desselben unzweideutig und objektiv feststehen muß. Daß man aber Beweiszeugen noch nach dem betr. Vorgange (also hier ordinato judicio) auffordert, das Gehörte genau dem Gedächtniß einzuprägen, ist unschwer zu begreifen.

Die vorstehende Besprechung erhebt nicht den Anspruch, von dem reichen Inhalt der vorliegenden Schrift eine auch nur annähernde Vorstellung gegeben zu haben. Indem wir daher Abschied vom Verf. nehmen, geschieht es weniger in der Hoffnung, demselben vollständig gerecht geworden zu sein, als mit dem Anerkenntniß, daß, wenn es uns gelungen sein sollte, ein Weniges zur Klärung der vorstehend behandelten Materien beizutragen, wir das zu großem Theil seinen Anregungen verdanken.

Ex. G. a. a

Druck von Wilhelm Keller in Gießen.



